DISSERTATIO JVRIDICA

DE

FRVCTIBVS

IN

TREBELLIANICAM

IMPVTANDIS,

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO

SERENISS. PRINCIPE REGIO AC DOMINO

DN. FRIDERICO AVGVSTO

PRAESIDE

JO. BALTHAS. VVERNHERO, D.

POTENTISSIMO POLONIARVM REGI ET ELECTORI SAXONIAE A CONSILIIS AVLAE ET JVSTITIAE, COD. PROF. PVBL. CVRIAE PROVINC. SENATVS ECCLESIASTICI, ET RELIQVORVM, QVAE VITEBERGAE SVNT, COLLEGIORVM ASSESSORE,

IN ACADEMIA VITEBERGENSI

D. XII. DEC. M DCC XVI.

BIBLIOTECA NA
ROMA

IN AVDITORIO JVRIDICO

PVBLICE VENTILANDAM PROPONET

AVCTOR ET RESPONDENS

CAROL. SIGISMVNDVS CLAVERVS

DRESDENSIS.

VITEBERGAE

Ex Officina VIDVAE GERDESIANAE.

SUMMA DISSERTATIONIS.

Introitus.

§. I. *De Origine fideicommiſſorum.*

§. II. *Eorum primis temporibus incommoda. Remedium ex SCto Trebelliano.*

§. III. *Quod tamen initio haud ſufficiſſe oſtenditur. Secutum eſt SCtum Pegaſianum. Quod & ipſum non omnes difficultates tollebat.*

§. IV. *Illius vis in Trebellianum tranſfuſa eſt.*

§. V. *Falcidiæ vox ſæpe Trebellianicam notat.*

§. VI. *Fructus quid ſint? Diviſio fructuum.*

§. VII. *Reſtituendi ſunt fructus ante aditam hereditatem percepti, ſive jam ſint percepti, ſive adhuc pendeant.*

§. VIII. *Non vero poſt aditam hereditatem percepti, ſi heres in mora non ſit.*

§. IX. *Probatur* 1) per l. 18. pr. ff. ad SCtum Trebell. 2) ex l. 44. §. 1. ff. eod. 3) ex l. 27. §. 1. eod.

§. X. *Ratio hujus diſpoſitionis genuina.*

§. XI. *Verba:* Quicquid ad heredem ex hereditate pervenerit, *non includunt fructus. Secus eſt cum his verbis:* Quantacunque pecunia ex hereditate ad eum pervenerit, *teſtator uſus eſt.*

§. XII. *Digreſſio de receptione Juris Romani in foris Germaniæ.*

§. XIII. *Fructus ipſius quartæ non imputantur.*

§. XIV. *Fructus ex reliquis tribus quartis percepti imputantur.*

§. XV. *Regulæ hujus limitatio per* l. 6. C. ad SCt. Trebell. *An lex illa ad Nepotes quoque pertineat? Quod multi affirmant. Rationes, quibus illi nituntur.*

§. XVI. *Præfertur negativa ſententia. Ejus fundamenta.*

§. XVII. *Reſpondetur ad rationes ſententiæ ajentis.*

§. XVIII. *Diſpoſitio* L. 6. C. *non pertinet ad caſum, ubi bona non uni ex filiis, ſed extraneo, reſtituenda ſunt.*

§. XIX. *In cauſis teſtamentariis Jus Canonicum Civili prævalet. Ratio interpretandi Jus Canonicum.*

§. XX. *Textus Juris Canonici, in quibus argumenti ſedes. Caſus, qui in* C. 16. X. de teſtam. *habetur.*

§. XXI. *Pontifex in cit. cap. dupli-*

cem detractionem permiſit. Non loquitur de fideicommiſſo puro.

§. XXII. *Jus Canonicum non refert ſimplicem facti ſpeciem. Quod aliqui Doctores volunt. Qui refutantur.*

§. XXIII. *Alii putant, Papam ſecutum eſſe Jus Novellarum. Inter quos ſigillatim* Fachinæus *eſt. Hujus ſingularis opinio. Argumentum, quo inprimis nititur.*

§. XXIV. *Refellitur.*

§. XXV. *Reſpondetur ad* Nov. 39. *ejusdemque genuinus ſenſus explicatur. Aliæ objectiones ſolvuntur.*

§. XXVI. *Legitimam Jure Civili imputari in Trebellianicam, demonſtratur.*

§. XXVII. *Sententia eorum, qui volunt, Pontificem ad Jus conſuetudinarium reſpexiſſe. Quam &* Schilterus *fovet.*

§. XXVIII. *Examinatur.*

§. XXIX. *Pontifex in* C. 16. X. de Teſtam. *novum Jus conſtituit. Cui locus non eſt in fideicommiſſo puro. Ratio, quæ vulgo affertur, non magni momenti eſt. Genuinum hujus rei fundamentum oſtenditur.*

§. XXX. *Circa fructus, quatenus filius illos lucratur, Jus Canonicum a Civili non diſcrepat. Notatur* Franc. Hotomannus.

§. XXXI. *De ſucceſſore filii dubitari poteſt. Sed tollitur dubium.*

§. XXXII. *Cur Jus Canonicum fiduciarium heredem pro m. f. poſſeſſore habeat?*

§. XXXIII. *Diſpoſitio* C. 16. X. de Teſtam. *ad Nepotes extendi nequit.*

§. XXXIV. *Ex mente* l. 6. C. *in caſu duplicis detractionis fructus imputari debent. Uſus doctrinæ hujus. Solvitur dubium a* Fachinæo *motum.*

§. XXXV. *Jus Canonicum fructus ante litem conteſtatam perceptos ab imputatione expreſſe non eximit. Sed tamen implicite. Quod probatur.*

§. XXXVI. *Textus Juris Pontificii non pertinet ad caſum, ubi reſtitutio facienda eſt extraneo. Diſſentit* Fachinæus. *Objectiones ejus diluuntur.*

§. XXXVII. *Utrum pater hodie imputationem fructuum filio injungere, vel Trebellianicam prohibere queat? De hoc Jus Canonicum ſilet.*

§. XXXVIII. *Ratio, cur Jus Civile probibitionem patris non attendat. Hodie ſecus eſſe oſtenditur.*

§. XXXIX. *Subjicitur Reſponſum Ord. Viteberg.*

INTRO-

INTROITUS.

Nondum octiduum elapſum eſt, ex quo Dn. Præſidem adii, & ab eo argumentum ſpeciminis publici, quod edere conſtitueram, mihi ſuppeditari petii. Qui cum deſiderio meo deeſſe nollet, auctor mihi fuit, ut circa quæſtionem de Fructibus, quatenus illi in Quartam Trebellanicam imputari debeant, quam paucis antea diebus in Collegio JCtorum hujus Academiæ ultro citroque diſceptatam fuiſſe dicebat, induſtriam meam exercerem. Quo labore, quem lubens ſuſcepi, ita defungar, ut omnia ex fontibus & principiis Juris repetam; tum vero, quid uſus in Foro receptus ferat, ſedulo diligenterque addam. Quod dum facere ingredior, ne morem, vulgo ſervari ſolitum, migrare videar, de Origine Trebellianicæ, & Fructibus, eorumque diviſione, pauca præmittam.

§. I.

De Origine fideicommiſſorum.

Initio igitur tenendum eſt, LL. XII. Tabb. olim ignota fuiſſe ea, quæ nunc in uſu ſunt, fideicommiſſa, quippe quæ primis temporibus nullo juris vinculo,

 ſed

ſed tantum pudore eorum, qui rogati erant, continerentur. Factum vero eſt Auguſti temporibus, ut fideicommiſſa, certa juris neceſſitate adſtricta, non amplius ex heredis voluntate penderent. Quod principio exemplis quibusdam introductum, poſtea invaluit & populare eſſe cœpit, adeo, ut tandem peculiaris Prætor, qui de Fideicommiſſis jus diceret, crearetur. *§. 1. J. de Fideic. Hered.*

§. II.

Eorum primis temporibus incommoda.

Enimvero reſtituta hereditate, fiduciarius nihiloſecius manebat heres, & in eum omnes actiones dirigebantur. *§. 3. J. eod. L 88 ff. d. Hered. inſtit.* Qua ratione fiebat, ut, ſi heres forte totam hereditatem reſtituere juſſus eſſet, onus obligationum absque ſuo compendio ſuſtineret, eoque hereditatem ſine lucro ſuo adire, & hereditariis actionibus ſe implicare, recuſaret; *l. 1. ff. ad SCt. Trebell.* Sic vero deſtitutis teſtamentis, fideicommiſſa prorſus intercidebant. Cui incommodo tollendo Neronis tempore, Trebellio Maximo & Annæo Seneca Conſulibus, quorum nomina, quod loco defunctorum Marii Celſi, & L. Aſinii Galli, faſces tenuiſſent, in Faſtis Conſulum non occurrunt. ANT. AUGUSTIN. *d. LL. & SCt. p. 215.* Senatusconſultum factum eſt, eoque cautum, ut inpoſterum cum univerſa hereditate in fideicommiſſarium omnes actiones, quæ heredi & in heredem competerent, ſine fraude heredis fiduciarii utiliter tranſirent. *§. 4. J. eod.*

Remedium ex SCto Trebelliano.

§. III.

Quod tamen initio haud ſuffeciſſe oſtenditur.

Ita vero heres incommodo quidem vacabat, ſed ut gratis hereditatem adiret, eandemque citra omnem utilitatem ſuam alteri totam reſtitueret, nondum adduci

duci poterat. Tale enim pleriſque hominibus ingenium natura dedit, ut nemo facile inutilem ſibi moleſtiam devorare velit, aliis autem lucri acceſſionem plerique invidere ſoleant. Cui difficultati novo remedio occurrendum erat. Quo fine, Veſpaſiano Pegaſo & Puſione Conſulibus ad Senatum referentibus, novum SCtum prodiit, quo heredi quartam partem ex hereditate reſtituenda detrahere permiſſum fuit. Sed quia nihil de actionibus hereditariis eodem cautum reperiebatur, moris erat, ut inter heredem fiduciarium, & fideicommiſſarium, pactiones intercederent, quibus onera pro cujusque portione dividerentur. *§. 5. & 6. J. eod.*

Secutum eſt SCtum Pegaſianum.

Quod & ipſum non omnes difficultates tollebat.

§. IV.

Tandem reſecandis omnibus difficultatibus, explosſo SCto Pegaſiano, illius vis in Trebellianum transfuſa, conſtitutumque fuit, ut heredi reſtituere rogato quartam retinere liceret; actionibus tam in heredem, quam in fideicommiſſarium, pro rata portione competentibus. Simul id ex Pegaſiano SCto adjectum fuit, ut heres ad adeundam hereditatem, eandemque cum omnibus actionibus atque oneribus reſtituendam cogi poſſet. *§. 7. J. eod.* Add. JAN. VINCENT. GRAVINA *Orig. Jur. Civ. L. III. n. 78.*

Illius vis in Trebellianum transfuſa eſt.

§. V.

Conſtat, Trebellianicam ad imitationem quartæ Falcidiæ, quæ proprie tantum ad legata pertinet, introductam fuiſſe, quod & Imperator in cit. *§. 5. J.* expreſſe indicat. Unde fieri ſolet, ut nomina hæc ſæpius inter ſe commiſceantur, nec raro Trebellianica Falcidiæ appellatione veniat. Vid. *l. 41. §. 3. ff. de Vulg. ſubſt. l. 18. ad L. Falcid.*

Falcidiæ vox ſæpe Trebellianicam notat.

§. VI.

§. VI.

Fructus quid ſint?

De Fructibus, eorumque diviſione, pauca ſubjiciemus. Vox *Fructuum* hoc loco non accipitur in ſenſu ſtricto, prout notat emolumentum, quod ex ipſo rei corpore oritur, atque renaſci poteſt, prout ſumitur in *l. 121. ff. de V. S. l. 7. §. 13. ff. Solut. matrim. l. 27. ff. de hered. petit.* Multoque minus in anguſtiori illo & ſtrictiſſimo ſignificatu, quo nonniſi arborum fructus complectitur. Vid. *l. 236. §. 1. de V. S;* Sed in ſenſu laxiori, quo omnem utilitatem notat, quæ vel ex ipſa re, vel ejus occaſione percipitur; unde nobis non tantum de fructibus naturalibus, qui ex ipſo rei corpore perveniunt, ſermo eſt, ſed & de civilibus, qui occaſione rei percipiuntur, quo v. g. mercedes & penſiones pertinent, *l. 121. ff. de V. S.* Nihil etiam intereſt, fructus mere perſonales, aut induſtriales, ſint; nam de utriſque circa reſtitutionem bonorum, fideicommiſſo obnoxiorum, quæſtio occurrit; Item, an adhuc extent, an conſumti ſint; quæ diſtinctio alias in judicio ſingulari rei vindicationis uſum habet. Vid. *§. 35. J. de R. D. §. 2. J. de Offic. Jud. l. 48. pr. de A. R. D.*

Diviſio fructuum.

§. VII.

Reſtituendi ſunt fructus ante aditam hereditatem percepti.

Quod igitur fructus attinet bonorum, quæ fideicommiſſo ſubjacent, & reſtituenda veniunt, ante omnia videndum, an illi ante, an poſt hereditatis aditionem percepti ſint. Prioris generis fructus ipſam hereditatem, & ſic etiam Trebellianicam, pro rata augent, eaque pro dodrante in reſtitutionem veniunt. *l. 27. §. 1. ff. ad SCt. Trebell.* Hereditas enim & augmentum & diminutionem recipit. *l. 20. §. 3. ff. de Hered. petit.* Neque intereſt, fructus jam ante hereditatis petitionem percepti ſint, an adhuc tempore adeundæ hereditatis pendeant. Hi enim

Sive jam ſint percepti, ſive adhuc pendeant.

enim pro parte fundi, cui cohærent, reputantur. *l.44. ff. de R. V.*

§. VIII.

Pergimus ad fructus poſt aditam hereditatem perceptos. Circa hos attendi debere puto, an fiduciarius heres moram in reſtituendis bonis fideicommiſſo ſubjectis committat, nec ne. Quod ſi in mora haud ſit, rurſus diſtinguendum erit inter reſtitutionem fructuum, & eorum imputationem in quartam Trebellianicam. Primo igitur quæritur: An heres fiduciarius fructus poſt aditam hereditatem, ſed ante moram, perceptos reſtituere teneatur cum ipſis bonis fideicommiſſo gravatis? Nam fieri poteſt, ut fiduciarius, exiſtente die, Trebellianicæ detractione omiſſa, fructus, per longum tempus perceptos, retinere velit, contra autem fideicommiſſarius, præter bona, etiam fructuum reſtitutionem urgeat. Quo caſu pro fiduciario reſpondendum erit, quod nempe fructus, intermedio tempore, poſt aditam hereditatem perceptos, ita ſuos faciat, ut eosdem retineat, nec reſtituere teneatur. *Non vero poſt aditam hereditatem percepti, ſi heres in mora non ſit.*

§. IX.

Probatur hæc ſententia 1) ex *l.18. pr. ff. ad SCt. Trebell.* ubi Ulpianus ait: *In fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione, conſtat, non venire fructus.* Adjiciuntur mox duo caſus excepti; niſi mora facta, aut cum quis ſpecialiter fuerit rogatus, & fructus reſtituere. 2) per *l.44. §.1. ff. eod.* ubi Marcellus diſertis verbis ait: *Fructuum nomine nihil præſtandum eſſe ei, cui hereditas per fideicommiſſum relicta.* Item: *Fructus fideicommiſſarium non ſequi, ſi mora non interceſſit.* Idem inculcat Julianus in *l.27. §.1. ff. eod.* *Probatur 1) per l.18. pr. ff. ad SCtum Trebell. 2) ex l.44. §.1. ff. eod. 3) ex l.27. §.1. ff. eod.*

§. X.

Neque vero hæc LL. Romanarum diſpoſitio ratione deſtituitur, quam tamen inprimis ex conjectione voluntatis defuncti repetendam puto. Is enim, niſi de fructuum reſtitutione expreſſe caverit, id voluiſſe intelligitur, ut uſque eo, donec reſtitutio hereditatis facienda ſit, fiduciarius ea uti, omniaque commoda inde percipere, eademque irrevocabiliter ſibi acquirere debeat. Aliam rationem Ulpianus reddit in *l. 18. §. 2. ad SCt. Trebell.* quod fructus non hereditati, ſed ipſis rebus accepto ferantur. Unde diſcimus, hereditatem, & res ſeu bona, in jure ſibi opponi. Levioris momenti videtur eſſe ratio, quam CARPZOVIVS *Dec. 21. num. 23.* addit, *quod interim rerum dominium apud heredem remaneat, fructus vero dominium ſequantur.* Hic enim diſſentientibus in proclivi fuerit regerere, non obſtante rerum dominio, quippe quod tantum revocabile ſit, illas reſtituendas eſſe, adeoque parem in modum fructus etiam nonniſi revocabiliter heredis fiduciarii fieri, & eosdem cum ipſis rebus reſtitui oportere.

§. XI.

Adeo autem fiduciarius heres a fructuum, quos percepit, reſtitutione immunis eſt, ut, quamvis juſſus ſit reſtituere, *quicquid ad ipſum ex hereditate pervenerit*, adhuc tamen fructus retineat. Quod ita expreſſe cautum eſt *in l. 57. pr. ff. ad SCt. Trebell.* itemque in *l. 83. pr. ff. de Leg. & Fideic. 3.* Quia nempe teſtator tantum de bonis ipſis hereditariis, non de fructibus, qui proprie hereditarii haud ſunt, ſenſiſſe intelligitur. Plane aliud dicendum eſt de caſu, ubi teſtator cavit, ut, *quantacunque pecunia ex hereditate ad heredem pervenerit*, reſtitui debeat,

tunc

tunc enim etiam fructus in reſtitutionem veniunt, perinde ac ſi teſtator ſpecialiter hoc expreſſiſſet, per *l. 32. ff. eod.* Par ratio eſt caſus, ubi heres rogatus eſt reſtituere, *quicquid ex bonis ſupererit;* Nam & ſic teſtator fructuum, qui ſuperſunt, reſtitutionem injunxiſſe cenſetur. *l. 3. §. 2. ff. de Uſuris.* Secus eſt, ſi teſtator dixerit, *quod ex hereditate ſupererit*, per *l. 58. §. 1. ad SCt. Trebell.* Additur ratio, quod *hæc verba quidem diminutionem hereditatis admittant; fructuum autem additamentum non recipiant.* Utrumque reſponſum Papiniani eſt, & conciliandi ratio in locutionibus, ex *hereditate*, & *bonis*, quarum diverſam in Jure ſignificationem eſſe, ſupra ex *l. 18. §. 2. ad SCt. Trebell.* monuimus, conſtituenda erit. Add. Dn. THOMASII *Schol. ad Huberi Inſt. L. 2. tit. 23. n. 6. ejusdemque reſponſio.* Aliquando tamen vocem *bona* cum verbo *hereditas* conjungi, eodemque ſignificatu cum illo uſurpari, ex *l.* ſuperius *adducta 57. pr. ff. ad SCt. Trebell.* ibi: *ex hereditate boniſve meis* obſervare licet, ut hinc dicendum videatur, appellatione *bonorum*, ſeorſim & ſine adjecta mentione hereditatis, venire fructus, ſed *hereditatis* verbo eosdem haudquaquam contineri.

pecunia ex hereditate ad eum pervenerit, *teſtator uſus eſt.*

§. XII.

Alia vero, & a priori longe diverſa, quæſtio eſt: *An Fructus in Quartam Trebellianicam imputari debeant?* Quæ an hodie uſum aliquem habeat, & an omnino detractio, vel Trebellianicæ, vel Falcidiæ, locum inter Germanos inveniat, merito dubitent illi, qui nullam Juris Romani Legem in Foro attendi debere, cum CONRADO SINCERO in *Diſſ. Epiſt.* contendunt, niſi eam ſpeciatim receptam eſſe, probari poſſit. Et tamen nemo, quod ſciam, illorum eſt, qui Trebellianicæ in Foro

Digreſſio de receptione Juris Romani in Foris Germaniæ.

Germanico uſum in dubium revocare auſit. Fac igitur, eſſe aliquem, qui, & ex propriis eorum principiis diſputans, neget, ex bonis fideicommiſſo ſubjectis quartam partem, Trebellianicæ nomine, omnino hodie deduci poſſe, neque concedat, Jus Romanum hac in parte a Germanis, ſaltem in hoc vel illo judicio, receptum eſſe. Qua, quæſo, via hunc refellent, & detractionis hujus uſum demonſtrabunt illi, qui memoratam SINCERI hypotheſin fovent, & nihil ex Jure Romano in foris Germaniæ admittunt, niſi cujus receptio ſpeciatim demonſtrari queat? Nam neque teſtimonio Doctorum, neque rebus judicatis, & cauſarum deciſionibus, hic locum relinquunt. Et ſi vel maxime has in probanda receptione admittere vellent, nihil tamen efficerent, niſi in ſpecie in hoc loco & judicio, ſecundum Jus Romanum, judicatum fuiſſe, probare poſſent. Neque enim receptio & obſervantia de loco ad locum, & de judicio ad judicium, extendi poteſt; ut hinc forte nulla Lex Romana detur, quam univerſali conſvetudine in Foris Germaniæ inualuiſſe, illo CONRADI SINCERI principio admiſſo, evinci queat.

§. XIII.

Sed redeamus in viam, unde digreſſi ſumus. Circa quæſtionem de fructibus, quatenus in Trebellianicam imputari debeant, diſtingvendum eſt inter fructus quartæ detrahendæ, & inter fructus, qui ex reliquis tribus quartis percipiuntur. Nam illi, qui ex ipſa quarta proveniunt, fructus non imputantur, eoque in computum haudquaquam veniunt. Quo pertinet *l. 22. §. 2.* verb. *& quartæ fructus. ff. ad SCt. Trebell.* Add. *l. 27. §. 16. ff. eod.* Quocirca fallitur PANCIROLLUS qui *Conſil. 89. n. 6.*

n.6. contendit, fructus ex hereditate perceptos quartam Trebellianicam implere, quod juſti reditus conſiſtant in ratione, quinque pro centenario, qui annis 20. ſortem æquent. Quem propterea recte refellit CARPZOVIUS *Dec. 21. n. 27. ſeqq.* Cum illam opinionem nulla, vel lex, vel idonea juris ratio, confirmet.

§. XIV.

Fructus ex reliquis tribus quartis percepti imputantur.

Alia vero eſt ratio fructuum, qui ex reliquis tribus quartis, præter Trebellianicam, proveniunt. Hi enim, licet non reſtituantur, ut ſupra vidimus, in Trebellianicam tamen imputari debent. Quod diſertis verbis conſtitutum eſt in *l. 18. §. 1. ff. ad SCt. Trebell.* Add. *l. 8. §. 11. ff. de inoff. teſtam.* Ratio eſt, quia in illam omnia imputantur, quæ quis judicio defuncti quocunque titulo accepit. *l. 91. pr. ff. ad Leg. Falcid.* Atqui hujusmodi fructus, qui, dum fideicommiſſi conditio pendet, ex hereditate veniunt, ſine dubio heres ex voluntate & judicio teſtatoris percipit, iidemque opponi & contradiſtingui debent fructibus, propter negligentiam fideicommiſſarii, qui hereditatis petitionem diſtulit, perceptis. Quam differentiam accurate indicat Pomponius in *l. 22. §. 2. ff. ad SCt. Trebell.* cum ait: *Fructus, qui percepti ſunt negligentia petentis, non judicio defuncti, percepti videntur.*

§. XV.

Regulæ hujus limitatio per l. 6. C. ad SCt. Trebell.

Enimvero hæc juris diſpoſitio, de fructibus in Trebellanicam imputandis, notabilem limitationem accepit quoad filios & filias per *l. 6. C. ad SCt. Trebell.* ubi Zeno Imperator ita cavit: *Jubemus*, inquit, *quoties pater vel mater, filio ſeu filiæ, filiis vel filiabus, ex æquis vel inæquis partibus, heredibus inſtitutis, invicem ſeu ſimpliciter quosdam*

 ex

ex his aut quendam rogaverit, qui prior ſine liberis deceſſerit, portionem hereditatis ſuæ ſuperſtiti ſeu ſuperſtitibus reſtituere, ut omnibus modis retenta quarta pro auctoritate Trebelliani SCti, non per imputationem redituum, (licet hoc teſtator rogaverit, vel juſſerit) ſed de ipſis rebus hereditariis, dodrans reſtituatur. Aliter illam Zenonis Conſtitutionem in *Eclogis Baſilicor. l. 91. t. 3. c. 6.* referri, nec tamen textui ſubjectum Scholion reſpondere, obſervat SCHILTERUS *Exerc. ad Pand. 40. §. 24.* Ubi initio quæritur: An hæc diſpoſitio ad liberos primi gradus reſtringi, an vero ad Nepotes etiam extendi debeat? Poſterius non pauci contendunt, ſigillatimque ANTON. MANGIL. *tr. de Imput. & detract. Quæſt. 125. n. 2.* MENOCH. *Vol. 1. Conſ. 982. n. 14.* PETRUS de BELLA PERTICA *ad c. l. 6.* atque ita a Parlamento Tholoſano judicatum fuiſſe, ex LUD. CHARONDA *L. 2. Reſp. 159.* & GERARD. MAGNARDO *L. 5. Dec. Thol. c. 51.* refert JO. a SANDE *L. 4. T. 7. d. 6.* Rationes, quibus hi pro ſententia ſua tuenda militant, & quas SANDE *c. l.* repetit, ſequentes ſunt. Primo afferunt, quod, præmortuo patre, nepos in ejus locum ſuccedat, adeoque pari cum illo jure frui debeat. MENOCH. *L. 2. A. Q. 258. n. 3.* Quod argumentum ulterius ita perſequuntur, ut dicant, nepotem, defuncto patre, juris fictione pro tali filio haberi, qualis pater fuit, eundemque ad ſucceſſionem vocari, non aliquo transmiſſionis jure, ſed quod nemo adſit gradu propior, qui eundem excludat; idcirco nullam idoneam cauſam apparere, cur nepos carere debeat illis juribus & privilegiis, quæ filio, cujus locum repræſentat, competunt. Præterea urgent, quod filiorum appellatione etiam nepotes veniant. *l. 84. l. 201. ff.*

An Lex illa ad Nepotes quoque pertineat? Quod multi affirmant.

Rationes, quibus illi nituntur.

de

de V. S. Non leve etiam præſidium ſententiæ ſuæ accedere putant ex *l. 15. §. 3. ff. ad Leg. Falcid.* ubi Nepos dicitur non imputare in Quartam Falcidiam perceptos fructus.

§. XVI.

Sed, rejecta hac ſententia, eam, quæ vulgo recepta eſt, veram putamus; quod nempe ſoli liberi primi gradus ab imputatione fructuum in Trebellianicam immunes ſint, neque eodem jure Nepotes gaudeant. Nitimur inprimis hoc fundamento, quod jura correctoria ſtrictiſſime accipi, neque ad caſus non expreſſos extendi debeant; licet vel maxime eadem ratio utrinque ſubſit. Jam in aprico eſt, verſari nos in interpretanda lege, quæ jus prius, quo omnes indiſtincte fructus in Trebellianicam imputari debent, corrigit, & filios filiasque excipit. Quocirca rationis eſt, ut vocabulum *filiorum filiarumque* in ſenſu proprio & ſtricto, prout Nepotes excludit, accipiatur. *Aliter enim filii, aliter Nepotes appellantur*, inquit Imperator in *§. 5. J. Qui teſt. tut. dare poſſ.* Imo vero quid ulterius laborandum, cum ipſe Imp. Zeno, Legis illius auctor, mentem ſuam, ſub finem citatæ legis, clariſſime explicet, cum, *non ulterius, quam in his perſonis & caſibus, quorum ſuperius mentio facta eſt, illam produci*, jubet. Atque hanc reſtrictivam memoratæ Legis interpretationem præter ceteros defendunt ANDR. GAILIUS. *L. 2. O. 133. n. 5.* ANT. TESSAUR. *Quæſt. Forenſ. 5.* JO. a SANDE *c. L. 4. t. 7. d. 6.* FRANC. VIVIUS *in Comment. Opin. L. 1.* verb. *Filii debent.* Add. DN. MENCKE *ad Pand. t. ad SCt. Trebell. §. 17. in fin.* ubi a *Fac. Jur. Lipſ.* in eandem ſententiam reſponſum eſſe, commemorat.

Præfertur negativa ſententia.

Ejus fundamenta.

§. XVII.

§. XVII.

Reſpondetur ad rationes ſententiæ ajentis.

Neque difficile eſt, ad ea, quæ ſuperius ex mente eorum, qui a nobis diſſentiunt, objecta ſunt, reſpondere. Quod enim primo nepos in locum prædefuncti patris ſuccedere dicitur, nondum id efficit, ut etiam jura ſingularia, de filiis conſtituta, ad Nepotes extendi debeant. Et poterat ſane Legislator, ſi voluiſſet, privilegium, filiis indultum, nepotibus etiam tribuere; ſed quia certis tantum perſonis, quæ ſanguinis vinculo teſtatori magis conjunctæ ſunt, favere voluit, fruſtra ulterius laboramus. Neque regula, quod filiorum appellatione nepotes, & ulterioris gradus liberi, contineantur, ubique & perpetuo locum habet, ut ex ſuperius cit. *§.5. J. Qui teſtam. tut. dar. poſſ.* diſcere licet, & tunc inprimis fallit, quando teſtator voluntatem ſuam ad certas perſonas, vel gradus, expreſſe reſtrinxit. Quod ad *l.15. §.3. ff. ad L. Falcid.* attinet, illa diſertis verbis loquitur de caſu, ubi Nepos in debitum, quo avus ipſi obſtrictus fuerat, fructus imputare tenebatur, quos proinde non altera vice in quartam etiam imputare poterat. Vid. SANDE *c.l.* ubi ſimul a Suprema Friſiorum Curia contra neptem reſponſum fuiſſe, teſtatur.

§. XVIII.

Diſpoſitio L.6.C. non pertinet ad caſum, ubi bona non uni ex filiis, ſed extraneo, reſtituenda ſunt.

Amplius quæritur: An dicta *L.6.* etiam de illo caſu intelligi debeat, ubi filius quidem fideicommiſſo gravatus eſt, ſed hereditas, non uni ex fratribus aut ſororibus, ſed remotiori gradu conjuncto, vel prorſus extraneo, reſtitui debet? Quod licet rurſus aliqui Doctorum aſſerant, rectius tamen negatur, ob rationes hactenus allatas, quod lex hæc correctoria ſupponat, non tantum fiduciarium heredem, ſed & fideicommiſſarium, ex numero

mero

mero filiorum filiarumque eſſe. Neque abſurdum eſt, pleniorem bonorum uſum fratri, reſpectu fratris, quam erga extraneum, aut gradu remotiorem, permitti. Add. *Godofred. ad c. l. 6.* Quicquid cum CASTRENSI & VIVIO, imo cum 21. Doctoribus a THESAVRO *L. 1. q. 50. n. 1. ſeqq.* citatis diſſentiat BRVNNEMANNVS *ad c. l. 6. num. 7.* ZOESIVS *t. ad SCt. Trebell. n. 69. in fin.* & PEREZ. *C. eod. n. 18.* Conf. infra §. 35.

§. XIX.

Tranſeo ad Jus Canonicum, quod, ſi qua in parte in hac cauſa teſtamentaria a Jure Civili recedat, regulariter majorem illo auctoritatem in Foro obtinebit, quippe quod in hujus generis negotiis, quæ circa ultimas voluntates occurrunt, ante Jus Civile inter Germanos invaluiſſe atque receptum eſſe, conſtat. Add. B. BEIER. *Poſit. ad Pand. L. 36. t. 1. p. 5. lit. 6. p. 489.* Hinc & DN. THOMASIVS in *Not. ad Pand. t. ad SCt. Trebell.* detractionem Trebellianicæ hodie ſecundum Jus Canonicum fieri, non obſcure concedit. Add. CARPZ. *P. 3. C. 1. d. 20. ſeq. Ill.* DN. BERGERVS *Philoc. For. Comm. III. Q. 4. p. m. 82. ſeq.* TITIVS *Jur. Priv. L. 7. c. 6. §. 14.* Sicuti vero in dubio inter utrumque jus nulla conſtitui differentia debet, *c. 1. X. de Oper. Nov. Nunc.* ita, ſi nulla conciliandi via appareat, ſed Canonicum jus Civili aperte repugnet, eum in modum illud interpretari par eſt, ut, qua parte correctorium eſt, ſtrictiſſime accipiatur, nec ultra caſum, de quo loquitur, temere extenſio fiat.

In cauſis teſtamentariis Jus Canonicum Civili prævalet.

Ratio interpretandi Jus Canonicum.

§. XX.

Sedes vero argumenti, de quo laboramus, eſt in duobus celebratiſſimis Juris Canonici textibus, quorum alter eſt *c. Raynutius 16. X. de Teſtament.* alter *c. Raynaldus*

Textus Juris Canonici, in quibus argumenti ſedes.

naldus 18. X. eod. Sigillatim priorem textum Interpretes in tam varios ſenſus trahunt, ut ne quidem circa ſpeciem facti, ut vulgo loquuntur, quam ille exhibet, inter eos conveniat. Nobis caſum, quem citatum capitulum ſiſtit atque definit, nemo evidentius propoſuiſſe videtur, quam GONZALEZ TELLEZ *not. c. l. n. 2.* his verbis fecit: Raynutius habens matrem, cui tertia pars bonorum ejus debebatur ex conſvetudine civitatis Tuſculanæ; item & uxorem, cui ſimiliter alia tertia pars bonorum debebatur ob conſuetudinem ipſius urbis; habens etiam duas filias, unam, Alterocham, (quam primam appellabimus) puberem; aliam Adjectam dictam, (quam ſecundam dicemus) impuberem, teſtamentum fecit, & in eo primæ filiæ puberi dotem, quam illi tempore matrimonii dederat, domum & hortum reliquit: ſecundam, quæ erat impubes, heredem ex aſſe inſtituit; eique, ſi ſine liberis deceſſiſſet, ſubſtituit primam filiam puberem cum filio, quem in utero geſtabat, & deceſſit. Tutores filiæ ſecundæ eam jam puberem, ut juſſi erant in teſtamento, Petro nuptui tradiderunt, aſſignatis in dotem univerſis bonis, quæ habebat; ſed ipſa absque liberis decedente, & per conſequens fideicommiſſi conditione adimpleta, Petrus aliam duxit uxorem, ex qua filium ſuſcepit, & tertiam partem bonorum, quæ ex conſuetudine ad matrem teſtatoris diximus pertinere, titulo donationis accepit; aliam etiam partem tertiam, quæ ad uxorem teſtatoris ſpectabat, ob conſuetudinem comparavit, & deceſſit. Poſtmodum prima filia pubes teſtatoris & filius ſubſtituti bona teſtatoris ex cauſa fideicommiſſariæ ſubſtitutionis ſibi debita petebant a filio Petri. Tutores ejus petitio-

titionem repellebant, aſſerendo primo, bona titulo pro dote longo tempore fuiſſe poſſeſſa, & per conſequens uſucapta: ſecundo ex bonis teſtatoris duas tertias partes a matre & uxore teſtatoris habuiſſe titulis donationis & emtionis, & ex alia tertia parte, quam petebant, quartam partem ſibi competere ex SCto Trebelliano: quibus auditis & perpenſis judex, apud quem cauſa diſceptabatur, primo deductis omnibus his, quæ tutor deduci poſtulabat, reliqua, quæ ſupererant, reſtitui juſſit, ex cauſa fideicommiſſi, filiæ primæ & ejus filio; a qua ſententia utraque pars appellavit ad Innocentium III. Prima filia ſe læſam conquerendo in eo, quod duæ tertiæ partes matris teſtatoris & uxoris ejus, ſibi reſtituere non juſſiſſet: tutores filii Petri, quia ipſos damnavit in reſtitutionem bonorum, quæ ſupererant, cum jam omnia eſſent legitime uſucapta. Pontifex judicem dedit Gregorium Cardinalem, qui in partem approbavit judicis a quo ſententiam, in partem reprobavit. Emendavit hic eam partem, quatenus juſſerat, duas tertias partes matris & uxoris teſtatoris non eſſe reſtituendas, juſſitque, ut ex illis portionem legitimam, quæ ad primam filiam pertinebat, reſtituerent; quia donando, aut vendendo mater ejus, ſeu avia, illam prægravare non poterant. In partem approbavit, jubendo, ut, quæ ſupereſſent, reſtituerent, deducta quarta ex SCto Trebelliano, in quam imputarentur fructus poſt conteſtationem litis percepti: adjecit etiam, ut deduceret & aliam quartam jure legitimæ ſibi debitam. Quam Cardinalis ſententiam Pontifex confirmavit.

§. XXI.

Multa ſunt, quæ in hac Pontificis deciſione dubium

 movere

movere poſſunt, in quorum evolutione Canonum Interpretes varie ſe torquere ſolent. Sed nobis extra oleas vagari, atque ad ea, quæ noſtri inſtituti haud ſunt, dilabi, animus non eſt. Igitur ad ea tantum, quæ Trebellianicæ detractionem, & fructuum in illam imputationem reſpiciunt, convertimur. Ubi initio illud manifeſtum eſt, Pontificem ibi approbaſſe ſententiam, per quam duplicis quartæ, legitimæ & Trebellianicæ, detractio permiſſa fuit. Sed & hoc ſine difficultate dandum erit, caſum proponi, ubi fideicommiſſum non pure, ſed in diem relictum. Cujus generis fideicommiſſa frequentiora multo ſunt hodie, quam illa, ubi fideicommittentis voluntas pura exiſtit. Neque hujusmodi fideicommiſſi univerſalis ullum adhuc inter nos exemplum vidi. Ecquis teſtatores hodie audit ita loquentes: Titius heres eſto; rogo te, Titi, ut hereditatem mox Cajo reſtituas? HUBER. *Prælect. ad Inſt. L. 2. t. 23. §. 6.* Illud vero ſæpius contingit, ut teſtamentum, in quo filius præteritus, vi Clauſulæ Codicillaris ſuſtineatur; quo caſu filius fideicommiſſo puro oneratus, atque ab inteſtato de hereditate reſtituenda rogatus eſſe intelligitur; eoque tunc quæſtio, an duplici detractioni locus ſit? occurrere poteſt. Vid. STRYK. *Uſ. Mod. Pand. L. 36. t. 1. §. 13. in fin.*

§. XXII.

Sed ad capitulum noſtrum revertor, cujus verba ſatis, puto, indicant, deciſionem illud Pontificis continere, non vero ſimplicem quæſtionem facti referre; ut hinc mirari liceat, inſignes quosdam Juris Interpretes hoc contra manifeſtam rei veritatem negare, eosdemque velle, capitulum illud non ſanctionem aliquam Papæ complecti, ſed, quid ex errore judicatum fuerit, ſimpli-

pliciter recenſere, cum illi, quibus judicandi facultas data erat, ſequi voluiſſent Jus Civile, ſed turpiter lapſi, in graviſſimum errorem incidiſſent. Vid. HILLIG. *ad Donell. L. 7. c. 30. lit. F. p. 584.* Unde ulterius concludunt, ne Canonico quidem jure duplicem quartam liberis fideicommiſſo oneratis concedi. Sed hos, exiſtimo, cum alios erroris arguunt, gravius multo offendere, & majorem reprehenſionem mereri. Quod enim Pontifex caſum propoſitum definiendo, Jus Civile ante oculos habuerit, idemque ſequi voluerit, de eo nullum in *cit. cap.* veſtigium extat. Sed largiamur hoc, quid inde, quæſo, colligas? Cum enim deciſio per ſe evidens ſit, nec dubium relinquat, conſequitur, illam Jus Pontificium facere, ex quibuscunque principiis tandem profecta ſit. Non enim ejus, qui legem fert, argumentandi ratio, qua uſus eſt, ſed voluntas, ſpectari debet, de qua ubi ex verbis aperte conſtat, nihil amplius laborandum erit. Sed cum his, credo, facile transegerit Pontifex, ne ipſum in tyronum Juris Civilis claſſem detrudant, ſed illius deciſionem vim Legis Canonicæ habere permittant.

Qui refutantur.

§. XXIII.

Sunt alii, qui Pontificem in eo, qui propoſitus ipſi fuerat, caſu, decidendo non quidem ad Jus Civile Vetus, ſed tamen Novum, ſpeciatimque ad *Novell. 39. c. 1.* reſpexiſſe volunt. Hi contendunt, citatam Novellam jus vetus corrigere, atque filio Trebellianicæ ultra legitimam detrahendæ poteſtatem dare. Inter hos primus, qui illam ſententiam ſtabilire conatus eſt, occurrit FACHINÆUS in *Diſp.* contra FRANC. HOTOMANNUM, quæ habetur *Lib. V. Controv. cap. 2.* Cui licet CONRADUS RITTERSHUSIUS *Diff. Jur. Civ. & Canon.*

Alii putant, Papam ſecutum eſſe Jus Novellarum.

Inter quos ſigillatim Fachinæus eſt.

Canon. L. IV. c. 9. ex inſtituto videatur reſpondere voluiſſe; primarium tamen, quod miror, argumentum FACHINÆI ex *Nov. 39.* petitum, quo propemodum ſolo is ſe jactavit, vix attigit, & tantum non penitus prætermiſit, ut hinc non inutilis opera videatur, quæ in illo plenius diſcutiendo ponitur. Verba Novellæ, in quibus ille cauſæ ſuæ præſidium conſtituit, hæc ſunt: *Quamobrem præſentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris a nobis poſita conſtitutionis rata manere volentes: Hoc vero innovantes ſolummodo; ut, ſi quis de cetero reſtitutionem fecerit ſuarum rerum: primum quidem ſervet filio legitimam partem, non quartam (hoc enim emendavimus, inopiam ejus plurimam reprehendentes) ſed tertiam modis omnibus, aut mediam, ſecundum filiorum numerum, deinde ex reliqua ſubſtantiæ parte, ſi non ſuffecerit legitima pars ad dotis aut ante nuptialis donationis oblationem: honeſte & ſecundum perſonarum qualitatem & merita excipere etiam hoc ad reſtitutionem.* Nervus interpretationis, quam FACHINÆUS intendit, huc redit: Quod de bonis fideicommiſſario reſtituendis una quarta ex SCto Trebelliano deduci quidem poſſit; ſed ad hæc bona reſtitutioni obnoxia negat pertinere legitimam, quippe quæ detrahenda ſit, antequam bonorum reſtituendorum computus ineatur, perinde ut in *l. 68. ff. de Leg. & fideic. 2.* dicitur, *ea, quæ uxori donata ſunt, extra cauſam bonorum defuncti computari debere, & propterea fideicommiſſo non contineri; quia ea habitura eſſet, etiam alio herede exiſtente.* Quocirca ſi maſſa bonorum duodecim uncias contineat, primo quatuor uncias, velut trientem, loco legitimæ a fideicommiſſo exceptæ retineri, deinde a bonis reſtituendis, h. e. reſiduis octo unciis, quartam partem, h. e. duas uncias ex

Tre-

Trebelliani SCti auctoritate deduci. Ut hinc ex mente Fachinæi legitima in hereditate patris, quæ reſtituenda eſt, plane non inveniatur, tanquam a reſtitutione immunis atque excepta. Provocat ſimul ad probandum id, quod intendit, ad *§. 7. & 8. J. de Fideic. hered.* Unde liquido appareat, ex ea tantum hereditate, vel hereditatis parte, quæ reſtituenda eſt, Trebellianicam deduci. Quocirca Fachinæus ita infert: Omnis heres, qui gravatus eſt, vel totum, vel partem hereditatis reſtituere, poteſt quartam partem deducere; ſed filius eſt heres rogatus reſtituere partem illam hereditatis, quæ, excepta legitima, ſupereſt, nempe octo uncias, E. detrahere poteſt quartam partem. *Argumentum, quo inprimis nititur.*

§. XXIV.

Enimvero, ſi dicendum ſit, quod ſentio, & res ipſa oſtendit, FACHINÆUS vocabulo *reſtituere* aperte ludit, eoque fallitur, & fallit alios. Nam bona *reſtituenda* duplici ſenſu intelligi queunt; vel enim accipiuntur pro tota bonorum maſſa, quam reliquit teſtator, & quam integram alteri reſtitui juſſit; & ſic legitima æque, ac Trebellianica, ſub illa continentur; vel ea tantum bona indicant, quæ, detractis illis, quæ legis poteſtate deduci queunt, ſuperſunt, & in heredem fideicommiſſarium actu transferri debent, & ſic quartam ſive Trebellii, ſive legitimam haudquaquam, comprehendunt. Quod ni ita eſſet, non intelligo, cur, quod FACHINÆUS facit, diſcrimen inter jus Novellarum & Vetus conſtitui, nec potius dici debeat, utroque, & veteri, & novo, jure utriusque quartæ deducendæ facultatem concedi. Namque legitimam a reſtitutione exemtam eſſe, non demum Novellis Conſtitutionibus cautum eſt; ſed quod illa Jure *Refellitur.*

Ci-

Civili in Trebellianicam haud imputetur, vel potius eandem abſorbeat, illud oſtendendum, atque ex Legibus evincendum fuerat.

§. XXV.

Reſpondetur ad Nov. 39. *ejusdemque genuinus ſenſus explicatur.*

Manifeſtum vero eſt, in *cit. Nov. 39.* nihil, quod hanc ſententiam juvet, conſtitutum eſſe. Excipitur quidem a reſtitutione legitima, ſed, ut puto, eodem jure & ſenſu, de quarta Trebellii etiam, quod a reſtitutione immunis ſit, h. e. quod retineri poſſit, neque in fideicommiſſarium transferri debeat, dici poteſt. Præterea liquet, in *§. 7. & 8. J. de Fideic. hered.* hereditatem reſtituendam in priori illo ſignificatu accipi, in quo univerſem maſſam, incluſa quarta, ſive legitima, ſive Trebellianica, comprehendit.

Alia objectiones ſolvuntur.

Diverſus reſpectus, quod filius legitimam jure proprio habeat, Trebellianicam vero tanquam heres ad reſtituendum obſtrictus, pondus forte habere poteſt in nova lege ſancienda, quæ utramque detractionem permittat, qualis eſt textus ex Jure Canonico adductus; ſed in Lege jam lata interpretanda non aliter attendi debet, quam quatenus verba legis, vel ſaltem mens atque ſententia ejus, permittunt. Fruſtra citatur *L. 14. ff. ad L. Falcid.* ubi dicitur, *Falcidiam quidem jure hereditario, dotem autem jure propriam filiam habituram, quia dos in hereditate patris non inveniatur.* Alia enim eſt dotis, alia legitimæ ratio. Hæc æſtimanda eſt ex quantitate hereditatis, quæ mortis tempore fuit, adeoque ejus pars eſt, non vero illa. Cæterum quod Jure Civili indiſtincte, ſive pure, ſive in diem, aut ſub conditione, fideicommiſſum relictum ſit, utraque quarta deduci haud poſſit, pluribus ex inſtituto oſtendit HARPRECHT *Diſſ. de Jure deducendi duas quartas.*

§ XXVI.

§. XXVI.

Negat præterea *cit. loc.* FACHINÆUS, quod legitima in Trebellianicam imputari debeat; hoc argumento uſus, quod in quartam Trebellii ea tantum imputentur, quæ heres ex teſtamento capiat, non etiam illa, quæ jure ſuo extra teſtamentum habeat. Cui argumento ſi aliquod pondus ineſſet, nulla ratio fuerat, jus Novellarum a Veteri diſtingvendi, quo legitimam liberis relinquendam eſſe, haud dubie cautum fuit. Vid. *l. 32. C. de inoff. teſtam.* Sed falſum eſt, imputationem, quæ fit in Trebellianicam, ad ea reſtringi debere, quæ ex teſtamento veniunt; neque illa complecti, quæ ex Legis diſpoſitione debentur. Cum hic omnia in computum veniant, quæ ad fiduciarum heredem, quocunque titulo, pervenerunt. *l. 1. ff. ad L. Falcid. l. 8. §. 8. & 11. l. 9. l. 11. l. 15. de Inoff. teſtam. l. 24. C. eod.* *Legitimam Jure Civili imputari in Trebellianicam, demonſtratur.*

§. XXVII.

Non deſunt, qui ſibi perſvadeant, Pontificem in definienda cauſa, quam exhibet *c. 16. X. de Teſtam.* fundamenti loco poſuiſſe uſum & interpretationem forenſem Juris Civilis. Hi concedunt, ſecundum principia Juris Juſtinianei, unius tantum quartæ detractionem permitti; ſed uſu fori jam ante Accurſii tempora, & cum primum Jus Juſtinianeum florem ſuum in Italia reciperet, invaluiſſe hoc jus, ut liberi fideicommiſſo gravati, duplici detractatione gauderent. Uſum illum vim legis ſcriptæ habuiſſe, quem proinde Papa rectiſſime ſecutus fuerit. Eſt hæc ſententia SCHILTERI *in Exerc. ad Pand. 40. §. 29.* ubi addit, etiam noſtra tempora, poſt Juſtinianum, noſtrumque forum, gaudere non minus poteſtate, quam prudentia, leges interpretandi, & *obſervantiam* certam, etiam ampliando Jus Civile ex ratione, *Sententia eorum, qui volunt, Pontificem ad Jus conſuetudinarium reſpexiſſe.* *Quam & Schilterus fovet.*

D mo-

moribus & ſtatui noſtro convenienti, introducendi. Hoc enim eſſe, quod vocamus, *communem opinionem*, *conſvetudinem interpretativam*, quæ a verbis textuque juris ſcripti quandoque diſcedat, non errore, ſed ratione.

§. XRVIII.

Examinatur.

Hic ego lubens SCHILTERO concedo, jam ante Lotharii II. tempora uſum aliquem Juris Juſtinianei in Italia fuiſſe; quod rerum Germanicarum peritiſſimus HERMANNUS CONRINGIUS *in Diſſ. de Orig. Jur. Germ. c. 20.* ex inſtituto oſtendit. Neque etiam nego, poſſe interpretationem uſualem legis, ſi uniformis ſit, vim conſvetudinis induere, & juri ſcripto derogare. Vid. *l. 32. §. 1. in fin. ff. de LL. l. 3. pr. C. de jur. dom. impetr.* Sed talis conſvetudo, ſicuti facti eſt, & non præſumitur, ita liquido probari debet; alias legis diſpoſitioni potius inhærendum, quam ad *obſervantiam* provocandum eſt. Atqui conſtantem hujusmodi interpretationem Juri Civili contrariam, quæ utriusque quartæ detractionem permiſerit, olim ante deciſionem, quæ in *c. 16. X. de Teſtam.* habetur, in uſu fuiſſe, nondum evinci potuit. Neque enim quorundam Doctorum opinio ſtatim uſum forenſem conficit, qui contra legem vim aliquam & momentum habere poſſit. Nam MARTINUS quidem, utramque detractionem, locum habere voluit, ſed æmulus ejus JOANNES negavit; alii rurſus mediam ingreſſi viam diſtinctione litem illam componi poſſe, exiſtimarunt. PETR. HEIGIUS *Quæſt. Jur. 32. n. 2.* Quas fluctuantes Doctorum opiniones uſum fori etiam incertum reddidiſſe, dubitandum haud eſt.

§. XXIX.

Pontifex in C. 16. X. de Teſtam.

Putamus igitur, contra Jus Civile, ejusque interpretationem uſualem, a Pontifice utriusque quartæ detra-

ctionem

ctionem indultam fuiſſe; eoque Jus Canonicum circa hoc Juris argumentum a Civili recedere, idemque corrigere, & hinc ſecundum rectæ interpretationis regulas, quoad ea, quæ tradit, quantum fieri poteſt, ſtrictiſſime intelligendum eſſe. Unde primo conſequitur, in eo caſu, ubi fideicommiſſum non ſub conditione, vel in diem, ſed pure relictum eſt, ſtandum eſſe Civili, non Canonico Jure. Quia nempe, quoad hoc fideicommiſſi genus, Jus Canonicum nihil, ut ſupra §. XXI. monui, novi conſtituit, neque Juris Civilis diſpoſitionem, quæ unius tantum quartæ deducendæ poteſtatem dat, immutavit. FACHINÆUS, ut ſuæ hypotheſi inſerviat, hanc quoque ſententiam impugnat, quia, cum ex diverſis cauſis procedant ambæ detractiones, abſurdum non ſit, ut eodem tempore locum habeant. Fateor, quod malim, hanc rationem ab illis, qui nobiſcum ſentiunt, omitti; quam imbecillem atque elumbem eſſe, diffiteri non poſſum. Quæ enim abſurditas, ſi quis, lege permittente, eodem tempore duplex lucrum capiat? Nam principium de duabus lucrativis cauſis, quod in eadem perſona concurrere haud poſſint, aliter applicari nequit, quam ſi lex expreſſa intercedat. Quocirca ſatis eſt, ſi reſpondeamus, unam ſolum Jure Civili quartam a bonis fideicommiſſo obnoxiis deduci, idemque a Jure Pontificio nullibi mutatum eſſe. Reliqua, in quibus opinionis ſuæ robur FACHINÆUS conſtituit, ſponte corruunt, deſtructo, in quibus illa innituntur, fundamento, quod neque legitima in Trebellianicam, neque hæc in illam, Jure Civili Novo imputari debeat. Eandem ſententiam amplexus eſt STRYKIUS *Tr. de Succeſſ. ab inteſt. Diſſ. 7. c. 1. §. 28.* ubi pro illa hunc in modum pugnat. *Quare*, inquit, *deterioris deberet eſſe conditionis filius, qui pure gravatus, quam qui ſub conditione, vel in diem,*

novum Jus conſtituit.

Cui locus non eſt in fideicommiſſo puro.

Ratio, quæ vulgo aſſertur, non magni momenti eſt.

Genuinum hujus rei fundamentum oſtenditur.

diem, cum ille nullum alium ex hereditate fructum ſentiat, quam quem ex deductione ſperare poteſt; hic vero, qui ſub conditione gravatur, interea medii temporis fructus lucretur? Cui decem ſub conditione legata ſunt, ei minus decem legata videntur, cum interim lucrum medii temporis minorem faciat quantitatem decem relictorum, idque etiam in legato in diem obtinet. Cur igitur hic conditionaliter relicti plane alia conditio? Etſi detractiones diverſis temporibus concurrere poſſunt, cur non potius eodem? Non diffiteor, rationes has pondus habere poſſe, ſi de nova lege ferenda agatur. Sed cum aliud jure conſtitutum eſſe, hactenus demonſtratum ſit, parum, vel nihil potius, iisdem tribuendum eſſe, liquet.

§. XXX.

Circa fructus, quatenus filius illos lucratur, Jus Canonicum a Civili non diſcrepat. Notatur Franc. Hotomannus.

De fructibus vero Pontifex in *c. cap.* ita diſponit, ut eorum tantum, qui poſt litem conteſtatam percepti ſunt, mentionem injiciat, reliquos autem, qui ante litis conteſtationem, aut diei adventum, percepti ſunt, ſicco, quod ajunt, pede prætereat. Hic primo inane eſt dubium a FRANCISCO HOTOMANNO objectum, ut ipſe poſtea agnovit, quod fructus ab herede fiduciario quocunque tempore percepti, ei in ſuam Pegaſianam imputentur; atque adeo multo magis ab ejus ſucceſſore percepti, & ante, & poſt litem conteſtatam, imputari debeant. Cum enim Jus Canonicum, in caſu, quem definit, de liberis primi gradus loquatur, hi vero fructus in Trebellianicam, ut vidimus, imputare haud teneantur, conſequitur, nihil hic novi, & quod a principiis Juris Juſtinianei recedat, a Pontifice conſtitutum eſſe.

§. XXXI.

De ſucceſſore filii dubitari poteſt.

Sed major difficultas oritur circa eos fructus, qui a ſucceſſore, antequam lis conteſtata eſſet, percepti ſunt. Cum enim hic extranei loco ſit, neque iisdem juribus & pri-

privilegiis gaudere poſſit, quæ liberis primi gradus indulta ſunt, merito videtur ratio deſiderari, cur ille fructus uſque ad litis conteſtationem ſuos faciat, neque eosdem in Trebellianicam imputare debeat. At enimvero obſervandum eſt, quod fiduciarius heres, utut extraneus ſit, nonniſi illos fructus in Trebellianicam imputare teneatur, quos judicio defuncti percepit; intermedio nempe tempore, quo conditio pendet, vel dies nondum extitit. Ceterum, ſi fideicommiſſarius negligentiam in petendo fideicommiſſo admittat, fructus, qui interim ex bonis fideicommiſſo ſubjectis proveniunt, ab imputatione immunes ſunt, & ſeorſim proprio jure fiduciario heredi cedunt. Quod vero in præſenti caſu ipſe fideicommiſſarius in mora fuerit, oſtendunt verba laudati *cap.* ubi mortua *Adjecta*, maritus ejus, Petrucius, aliquamdiu illius bona in pace, non monitus aut interpellatus a fideicommiſſario, poſſediſſe dicitur. Quocirca hic damnum, quod fructuum intuitu ſenſit, negligentiæ ſuæ adſcribere debebat, neque eorum imputationem in Trebellianicam recte poſtulabat. Quo pertinent verba ſuperius a nobis adducta ex *L. Mulier. §. ſi heres ff. ad SCt. Trebell. Fructus, qui percepti ſunt negligentia petentis, non judicio defuncti, percepti videntur.* *Sed tollitur dubium.*

§. XXXII.

Illud etiam contra diſpoſitionem Pontificis de fructibus reſtituendis urgeri ſolet, quod principiis Juris non ſatis conveniat, dum fiduciarium heredem poſt litis conteſtationem pro malæ fidei poſſeſſore venditet, qui tamen juſtam contradicendi cauſam habeat; quod poſſeſſor non abſolute & ſimpliciter reſtitutionem neget, ſed ita, ſi totum reſtitui petatur, cum non tota hereditas debeatur, ſed retineri queat portio, cujus detractionem *Cur Jus Canonicum fiduciarium heredem pro m. f. poſſeſſore habeat?*

Leges ipſæ concedunt. Hæc ratio utique aliquid momenti habere poſſet, ſi poſſeſſor in caſu propoſito paratus fuiſſet ad hereditatem, deducta quarta, ſine mora reſtituendam. Quia vero nihil omnino actori deberi contendit; neque initio ſtatim, beneficio Legis Falcidiæ ſe tantum uſurum eſſe, declaravit, non intelligitur, juſtam conquerendi cauſam habere, quod fructus etiam, a lite conteſtata perceptos, reſtituere teneatur.

§. XXXIII.

Quid obtinere debeat in caſu, ubi non filii, ſed liberi ulterioris gradus, v. g. nepotes fideicommiſſo onerati ſunt, an & illi fructus ante litis conteſtationem perceptos, citra imputationem, retineant? de eo nihil Jure Canonico cautum legitur, adeoque ex illis, quæ ſupra a nobis poſita, firmataque ſunt, principiis, rurſus hoc loco ad Jus Civile recurrendum, indeque deciſionem propoſitæ quæſtionis petendam eſſe, exiſtimo. Luculenter vero, ut puto, oſtendi, ZENONIS conſtitutionem in *l. 6. C. ad SCt. Trebell.* ad liberos primi gradus reſtringendam eſſe, quod cum Jure Canonico mutatum haud reperiatur, ſed *c. 18. X. de Teſtam.* diſertis verbis de filia tantum loquatur, conſequens eſt, nepotes ab hoc beneficio lucrandi fructus utroque jure excludi. Multoque minus Aſcendentes commoda, quæ ex fructuum perceptione illis obveniunt, præcipua habebunt; ſed illa in quartam imputabunt. Quod & STRYK. *de Succeſſ. ab Inteſt. Diſſ. 7. c. 1. §. 34.* fatetur, qui tamen a ſeipſo diſſentire videtur, dum in verbis proxime præcedentibus deciſionem capitulorum Juris Canonici ad parentes etiam, ob identitatem rationis pertinere monuit. Quodſi enim ex capitulis illis jus duplicis quartæ deducendæ habent, nullo modo iis beneficium lucrandi fructus denegari

gari poteſt, niſi forte dicere velimus, unam tantum capituli partem auctoritatem Juris Canonici habere, alteram vero ea deſtitui.

§. XXXIV.

Sed & illud ex regulis rectæ interpretationis conſequi puto, quod ex mente Imperatoris in *cit. l. 6.* fructus in Trebellianicam a filio etiam eo caſu imputari debeant, quando præter hanc alio, puta, legitimæ nomine, quartam ſalvam habet. Nam privilegium ab Imperatore liberis primi gradus indultum eo tantum tendit, ut quoquo modo pars quarta illis in ipſa bonorum ſubſtantia integra maneat, quam ſi aliunde conſequantur, adeoque ratio privilegii ceſſet, hoc ipſum vim omnem perdere intelligitur. Cumque filius, tanquam filius, legitimam deducat, non eundem reſpectum in detrahenda etiam Trebellianica allegare poteſt, ſed tunc perinde, ut alius extraneus, ſpectari debet, nec majori, quam quisque alius, jure gaudet. Eandemque cit. Legis ſententiam eſſe, facile intelliget, qui verba illius attente conſiderat. Vult enim Imperator dodrantem reſtitui, & hoc, non alio, caſu filiis ſingulare illud beneficium dedit, ut fructus ſeorſim retinere poſſent, neque in quartam imputare tenerentur. Idcirco non aliter eidem locus eſt, quam ſi ad fideicommiſſarium dodrans hereditatis perveniat; Sin vero minus, forte per ſtatutum, vel conſuetudinem ſpecialem, quæ plus quarta detrahere filio permittit, conſequatur, fructus imputari debere, rationis eſt. Quod eo pertinet, ut intelligamus, hujusmodi legem, vel conſuetudinem, quæ duplicem detractionem filio concedit, ita accipiendam eſſe, ut, niſi aliud ſpeciatim & liquido caverit, fructus imputari debeant. Neque vero nos movet argumentum, quo FACHINÆVS *L. 5. Controv. 9.* nititur, a legi-

Ex mente l. 6. C. in caſu duplicis detractionis fructus imputari debent.

Uſus doctrina hujus.

Solvitur dubium a Fachinæo motum.

legitima deſumtum, in quam fructus haudquaquam imputari, certum eſt. *L. 36. in fin. C. de inoffic. teſtam.* Aliud enim eſt *legitima* liberorum, & aliud Trebellianica, ſi præter legitimam deducenda veniat. Omnis favor, qui ſecundum *l. 6. C.* Trebellianicam filiorum comitatur, legitimæ, quæ in illam Jure Civili imputari debet, innititur, adeoque expirat, ſi, præter legitimam, Trebellianica ſeorſim detrahatur.

§. XXXV.

Jus Canonicum fructus ante litem conteſtatam perceptos ab imputatione expreſſe non eximit. Sed tamen implicite. Quod probatur.

Quod ſi nunc ad Jus Canonicum revertamur, dubium videtur, an illud fructus tales in Trebellianicam a filio imputari jubeat. Nam ab imputatione illos expreſſe haud eximit, adeoque, principiis Juris Civilis ſtandum eſſe, non citra probabilem rationem dici poteſt. Illa autem velle, ut in caſu duplicis detractionis, etiam a filio, fructus imputari debeant, ſatis, puto, demonſtratum eſt. Sed tamen veroſimilius atque ad mentem Pontificis *in c. cap. 18.* magis accommodatum eſt, ſi dicamus, in hoc etiam juris articulo novi aliquid ab eo ſancitum eſſe, cum expreſſe eorum tantum, qui poſt litem conteſtatam percepti ſunt, fructuum mentionem faciat. Quod ſi autem percepti quoque imputari debuiſſent, hoc utique liquido exprimendum fuerat. Nam, quod diligenter obſervandum eſt, Pontifex ſententiam refert, cui robur ſua auctoritate addidit, eoque ſimul jus novum condidit. • Atqui conſtat, non deberi fructus, ante litem motam perceptos, ſi ſententia de illis ſileat. Quod tunc multo magis verum erit, ubi expreſſis verbis reus, ut in *cit. cap.* factum, tantum fructus, poſt litem conteſtatam perceptos, reſtituere juſſus fuerit.

§. XXXVI.

Textus Juris Pon-

Aliud dicendum erit de caſu, ubi filius quidem fidei-

com-

commiſſo gravatus eſt, ſed reſtitutio extraneo, non fratri, facienda. De hoc enim cum nihil Jure Canonico cautum legatur, rurſus diſpoſitio Juris Civilis ſequenda erit. Hoc vero, ut ex antedictis, ſigillatimque ex §. *18.* conſtat, regulam de fructibus in Trebellianicam imputandis tradit, & ſolum caſum, quando frater fratri bona reſtituere tenetur, in *l. 6. C. ad SCt. Trebell.* excipit; Unde, quantum ad extraneum attinet, cui reſtitutio facienda, in regula manendum, & pro imputatione fructuum pronunciandum erit. Diſplicet hæc interpretandi ratio cum aliis, tum ſigillatim FACHINÆO *Controv. L. 5. c. 10.* ubi de illa quæſtione hunc in modum ediſſerit: *Hæc mihi*, inquit, *videtur eſſe ſententia Zenonis, ut conſtitutio ſua ad alias perſonas non extendatur, quia ad ſolos filios primi gradus pertinere voluit.* Hoc vero lubens concedo; neque enim indoles juris correctorii extenſionem admittit. Pergit deinceps: *Quamobrem alii, qui filii non ſunt, reſtituere gravati fructus interea perceptos imputabunt in Trebellianicam, & in aliis caſibus locus erit ſatisdationi fideicommiſſorum ſervandorum gratia, cum videlicet perſona rogata reſtituere hereditatem non erit filius primi gradus, ſed alius, quam filius.* Hactenus nihil eſt, quod in illa legis interpretatione jure deſiderari queat. Recte enim beneficium *l. 6. C.* ſolis liberis primi gradus aſſeritur, extraneis autem denegatur. Sed ex his non conſequuntur illa, quæ FACHINÆVS *c. l.* ſubjicit, quando ait: *Hæc interpretatio ideo mihi probabilior videtur, quia, cum filius rogatur hereditatem reſtituere extraneis, vel ceteris, qui filii non ſunt teſtatoris, nulla eſt ratio, cur fructus tunc imputare debeat in Trebellianicam, imo minus tunc, quam eo in caſu, quo reſtituere debet filio, imputare deberet, ne melioris conditionis ſint extranei, quam filii teſtatoris, quibus hereditas reſtituenda eſt.* Enimvero multas hoc loco rationes conquirere opus haud eſt; cum ſufficere debeat, quod illa *Lex 6. C.* ſingulare jus, contra generalem juris regulam, contineat, adeoque ultra

tificii non pertinet ad caſum, ubi reſtitutio facienda eſt extraneo.

Diſſentit Fachinæus.

Objectiones ejus diluuntur.

tra caſum, quem verbis exprimit, nullo modo extendi debeat. Nec vero abſonum, aut a ratione juris alienum eſt, quod eo caſu, quo inter fratres negotium peragitur, alter alterum minus urgeat atque adſtringat, & fructus ſemel perceptos relinquat, quam ſi is, cui bona reſtituenda ſunt, ab omni vinculo erga fiduciarium heredem liber ſit. Quocirca falſum eſt, quod dicitur, ſententiam hanc nulla ratione legis, ſed tantum verbis, niti.

§. XXXVII.

Utrum pater hodie imputationem fructuum filio injungere, vel Trebellianicam prohibere queat?

Sed, an pater hodie, poſteaquam duplex detractio ſecundum Jus Canonicum locum habet, præcipere in teſtamento queat, ut filius, cui onus reſtituendi hereditariam portionem incumbit, fructus in quartam imputare debeat? anceps & dubia quæſtio videri poteſt, a qua non multum recedit, ſed ex iisdem principiis definienda eſt illa: An pater prorſus hodie teſtamento cavere queat, ne filius Trebellianicam omnino detrahat, ſed legitima contentus, reliqua bona omnia, citra ulteriorem detractionem, reſtituat? De utraque quæſtione, cum ſileat Jus Pontificum, ex Jure Civili Judicium formandum erit.

De hoc Jus Canonicum ſilet.

§. XXXVIII.

Ratio, cur Jus Civile prohibitionem patris non attendat.

In ſæpius citata *l. 6. C. ad SCt. Trebell.* vero expreſſe cautum eſt, quod filius bonorum, quæ fideicommiſſo obnoxia ſunt, reditus ſeu fructus non imputare debeat, *licet hoc teſtator juſſerit.* Cujus diſpoſitionis eadem, quam dixi, ratio eſt, quod nempe filius, qui hereditatem reſtituere rogatus eſt, quartam partem ſimpliciter ſalvam habere debeat. Unde conſequi puto, eo caſu, quo filio, præter Trebellianicam, legitimam quoque ſeorſim deducere licet, illam penitus a teſtatore prohiberi poſſe. Sola legitima liberis ſine onere debetur, quæ citra juſtam cauſam illis adimi haud poteſt. Reliqua, præter legitimam, omnia ab arbitrio teſtatoris dependent, qui de illis pro lubitu diſponit. *l. 36. §. 1. C. de inoff. teſtam*

Hodie ſecus eſſe, oſtenditur.

teſtam. Neque vero liberorum favor aliquid ad hanc rem momenti afferre poteſt, cum idem in Nepotibus occurrat, de quibus tamen Zenonis Conſtitutio haud loquitur. Gradus proximitas in liberis nihil, puto, affectum Parentum vel imminuit, vel intendit. Quod ſi de lege demum ferenda ageretur, non immerito favor ille attendi poſſet, præſertim in caſu, ubi hereditas ad extraneum devolvenda, ut recte monet SCHILTER. *Exerc. ad Pand. 40. §. 24.* ubi ſimul eo, quod expoſui, jure nos uti, obſervat. Fruſtra autem illi, qui contrariam opinionem defendunt, ad varios juris textus, qui unam tantum quartam ſupponunt, provocant, quo refero *l. 24. C. Fam. hercſc.* & *l. 11. C. ad L. Falcid.* Nam ſimplicem quartam, de qua illi loquuntur, & quando præter eam filius nihil capit, nullo modo a patre teſtatore prohiberi poſſe, certum eſt, & a nemine, quod ſciam, in dubium vocatur. Unde HVBERVS *Prælect. ad Pand. t. ad SCt. Trebell.* enormem hunc Pragmaticorum errorem vocat, quod Parentes ne quidem prohibere poſſint Trebellianicam, ſupra & ultra legitimam, ex bonis capiendam. Idem tamen *c. l.* & in *tit. de inoffic. teſt. n. 6.* cautionem ſuggeſſit, qua eludi poſſit illa Practicorum opinio. Si nempe Parentes id agant, ut liberos onerent fideicommiſſo, ſine deductione præſtando, vel, ſi hoc admittere nolint, ſcribant eos heredes ex legitima. Quo facto, omni querela liberis ſubtracta, vel fideicommiſſo, ſine detractione quartæ, vel ſola legitima, debere contentos eſſe. Add. SANDE *L. 4. t. 7. d. 5.* ubi pro utraque ſententia complures Doctores citat, &, quamvis in Curia Friſ. aliter pronunciatum fuiſſe, teſtetur, ipſe tamen pro noſtra ſententia propugnat. Accedit argumentum a Falcidia petitum, quæ prohiberi a teſtatore poteſt, per *Nov. 1. c. 2. §. 1.* Add. *Dec. Elect. Saxon. 43.* Unde porro fluit, Trebellianicæ detractionem multo magis vetari poſſe; quia majorem favorem meretur heres legatis gravatus, quam is, cui fidei-

commiſſi præſtatio incumbit. Ille enim omnia onera hereditaria ferre tenetur, legatarii ab illis immunes ſunt; ſed contra in fideicommiſſarium heredem actiones & onera cum ipſa hereditate tranſeunt. *l. ult. C. de hered. act.* add. *Ill. Dn.* BERGERUS *Philoc. For. p. 84. ſeqq.* In alia omnia abit, præter cæteros, FACHINÆUS *c. l. c. 4.* cujus rationes huc redeunt. Nititur ille potisſimum regula interpretationis, ad quam ſæpius provocavimus, quod omne jus correctorium ſtrictisſime intelligendum ſit. Atqui, contendit porro, *Nov. I. c. 2. §. 1.* de Falcidia agere, non de Trebellianica, adeoque hanc diſpoſitioni juris antiqui relictam eſſe, quo illam prohiberi non potuiſſe, certum ſit. *l. 27. ff. l. 11. C. ad L. Falcid.* Largiri ſe, ait, maximam eſſe inter utramque quartam affinitatem, ſed in juribus correctoriis ab una ad alteram argumentum recte non duci; Neque vero nullam diverſitatis rationem reddi poſſe: Heredem enim, fideicommiſſo univerſali gravatum, cogi poſſe, ut hereditatem adeat, cum ex adverſo heres legatis oneratus hereditatem libere adeat, vel repudiet, & invitus adigi haud posſit; unde non iniquum eſſe colligit, cum illo, quam cum hoc, mitius agi, eidemque partem bonorum relinqui. Quamvis enim tali caſu aditio hereditatis fiat, damno & periculo fideicommiſſarii, qui eo nomine cavere debeat, non tamen deeſſe moleſtias in adeunda hereditate perferendas; imo nec pericula omnia per cautionem ſemper evitari. Vid. *l. Cogi. §. ſi pater ff. ad SCt. Trebell.* Imo ipſam *Nov.* de cujus ſenſu quæritur, rationem diſpoſitionis, quod Falcidia prohiberi posſit, in hoc non obſcure conſtituere, quod in heredis arbitrio ſit, adire & repudiare hereditatem, quæ non posſit ad Trebellianicam accommodari. Sed his rationibus facile, puto, occurri poteſt. Illud enim, quod FACHINÆUS tanquam certum aſſumit, & in quo præcipuum opinionis ſuæ præſidium quærit, quod nempe Trebellianica Veteri jure prohiberi non potuerit, vel maxime dubium, ſi non omnino falſum, eſt. Illud equidem lego, Falcidiam olim vel adimi,

mi, vel imminui a teſtatore haud potuiſſe, *l.27. ff. ad L. Falcid. l.11. C. eod.* verum de Trebellianica hoc in nullo juris textu habetur. Imo conſtat, fiduciarium heredem ad adeundam atque reſtituendam hereditatem, non detracta quarta, a fideicommiſſario cogi potuiſſe, *l.4. ff. ad SCt. Trebell.* Unde probabili argumento quidam colligunt, & prohibendæ ejus facultatem teſtatori competiiſſe; Et quamvis utique concedam, non in omnibus Falcidiam cum Trebellianica convenire, tanta tamen inter utramque cognatio atque ſimilitudo intercedit, quanta ſufficit, ut ab una ad alteram, ſaltem Jure novo, commode argumentari liceat. Nam & Falcidiæ appellatio Trebellianicam continet, *l.18. pr. ff. ad L. Falcid. l.11. de Leg. 1.* & in quibus teſtamentis Falcidia locum non habet, in illis etiam Trebellianica ceſſat. *l.3. §.1. ff. ad SCt. Trebell.* Add. Ill. Dn. BERGER. *Philoc. For. p.84.* STRYK. *de Succ. ab Inteſt. Diſſ.1. §.31.* Quocirca mirari licet, negativam ſententiam, quod ne hodie quidem Trebellianica a Patre prohiberi poſſit, quibusdam Interpretum ita placuiſſe, ut, reclamante uſu pariter atque doctrina juris, non erubuerint, eam pro opinione, *in ſcholis & palatiis canoniſata*, venditare. Quorum complures citavit PETR. HEIGIUS. *Q.32. n.29.*

§. XXXIX.

Plura addere nolo, niſi quod Lectori non ingratum fore exiſtimem, ſi Reſponſum, quod Ordo Juridicus Vitebergenſis in caſu, cujus initio Diſſertationis hujus mentionem injeci, Menſe Septembr. hujus anni dedit, hoc loco ſubjiciam. Verb. Iſt vor einigen Jahren Titius verſtorben/ und hat nach ſich euch und Pamphilium, als ſeiner Mutter/ der Meviæ, ingleichen unterſchiedene ſeines Vatern / Caji, Brüdere/ Schweſtern und Bruders Kindere/ hinterlaſſen/ worauff ihr deſſen Succeſſion halber / wider die Verwandten von der väterlichen Linie einen Proceß erhoben/ auch darinnen ſo viel ausgeführet / daß das jus ſuccedendi euch nebſt des verſtorbenen Vaters Brudern Kindern rechtskräfftig zuerkannt worden. Es entſtehet *Subjicitur Reſponſum Ord. Viteberg.*

ſtehet aber nunmehro/ da es zur Theilung kommen ſoll / zwiſchen euch und ihnen Zweifel / wie ſolche einzurichten / und wie weit ihr mit ihnen zu admittiren; Dahero ihr/ was diſsfals Rechtens/ und wie viel euch des verſtorbenen Vaters Geſchwiſtere von der ſtreitigen Erbſchafft zukommen zu laſſen verbunden? berichtet zu werden verlanget.

Ob ihr nun wohl in denen Gedancken ſtehet/ daſs weil ihr einmahl ein Rechts-kräfftiges Urthel erhalten/ vermöge deſſen ihr zu des Verſtorbenen Succeſſion admittiret worden/ deſſen Vatern Brüder nunmehro die ſtreitige Erbſchafft ſchlechterdinges und ohne allen Unterſcheid / auch ohngeachtet des Groſs-väterlichen Teſtaments / mit euch propter auctoritatem rei judicatæ zu theilen verbunden wäre; hingegen obgedachte eure Mit-Erben der väterlichen Linie der Meynung ſeyn / daſs die väterlichen und mütterlichen bona des verſtorbenen Titii voneinander zu ſepariren/ und ihr weiter nicht/ als reſpectu derer maternorum, mit zur ſucceſſion zu admittiren wäret / in mehrerer Erwegung/ daſs des verſtorbenen Groſs-Vater Javolenus, wegen dieſes ſeines Enckels ſucceſſion, bereits eine diſpoſition gemachet/ und ausdrücklich verordnet habe / daſs / wenn derſelbe unverheyrathet mit tode abgienge/ ſeine Erb-Portion auf die überbliebene Söhne und derer Söhne Kinder zurück fallen ſolte / welches Teſtament der Verſtorbene agnoſciret/ und die Groſs-väterliche Erbſchafft angetreten habe / dahero auch nunmehro deſſen Erben von ſolchen fideicommiſſo univerſali, weder einige legitimam, noch die Trebellianicam abziehen könnten / als welche letztere ohnedem in fideicommiſſo familiæ nicht ſtatt habe / wenigſtens würden die fructus, welche von dem Verſtorbenen ex hereditate avita genoſſen worden/ in legitimam ſowohl / als in Trebellianicam imputiret werden müſſen / inmaſſen ſolches/ und daſs dergleichen imputation auch reſpectu der legitimæ ſtatt habe / von

NATTA *Conſ. 321.* CEPHAL. *Conſ. 272.*
PAULO de CASTRO *Conſ. 77.*

und

und andern Rechts-Lehrern behauptet wird; Dieweil aber dennoch von des verſtorbenen Vaters Brüdern/ wegen des vor euch geſprochenen Rechts-kräfftigen Urthels angeführet wird/daß ſelbiges nur das jus ſuccedendi, keinesweges aber den modum und das objectum ſucceſſionis, determiniret / mithin die exceptio fideicommiſſi aviti nebſt denen übrigen/ ſo ſie anietzo vorgewendet/ annoch gar wohl urgiret werden möge / und ob/und wie weit/ dieſes Vorgeben gegründet/in Ermangelung derer nöthigen Nachrichten von denen deßwegen ergangenen Actis, aus der uns zugeſchickten facti ſpecie nicht abzunehmen iſt/hingegen der Vorwand derſelben/ als ob die bona paterna von denen maternis zu ſepariren / in denen Rechten nicht gegründet / vielmehr das Gegentheil/ und daß die Agnaten und Cognaten/ ohne Unterſcheid der Güter zur Succeſſion gelangen / von mehrern Rechts-Lehrern mit beſſern Grunde ſtatuiret wird;

arg. Nov. 118. c. 3. HUBER. *ad J. L. 3. Tit. d. Succeſſ. ab inteſt. p. 13.* FACHINÆUS *Controv. l. 6. c. 5.*

Durch das Groß-väterliche Teſtament auch des Verſtorbenen Titii legitima nicht beſchweret werden mögen / ſondern vielmehr derſelbe und deſſen Erben/ von dem auf den Todes-Fall verordneten fideicommiſſo familiæ noch über die legitimam die Trebellianicam nach Innhalt des

c. 16. X. de Teſtam.

abzuziehen wohl berechtiget/ der Verſtorbene auch dadurch/ daß er die Groß-väterliche Erbſchafft ohne proteſtation und reſervation angetreten/ ſich ſolches Rechts / und der legitimæ und Trebellianicæ, in keine Wege begeben/ die fructus der geſamten Erb-Portion auch/ ſo derſelbe Zeit Lebens genoſſen / in die legitimam, als welche ſo gleich nach des Groß-Vaters Tod vom fideicommiſs abgezogen worden/ keinesweges zu imputiren; ſo viel aber die Trebellianicam betrifft/ diejenigen fructus, welche nicht ex ipſa Trebellianica, ſondern ex reliqua hereditate der fiduciarius percipiret/ allerdinges darein zu rechnen/

l. 18.

l.18.pr.ff. & §.2. & l.44.§. ult. ff. ad SCt. Trebell.
VOET. *ad Dig. d. tit. §. 49.*

Und wenn gleich wegen derer Kinder/wenn dieſelben mit einem fideicommiſs graviret/ das Gegentheil/ und daß die fructus percepti bey ihnen nicht in die Trebellianicam zu ziehen/ in denen Rechten verordnet/

l. 6. pr. & §. 3. C. eod. BRUNNEMANN. *ad d. l. n. 7.*
BERGER. *in Philoc. for. p. 89.*

und ſie dergeſtalt über ſolche fructus von einem fideicommiſſo univerſali in diem relicto nebſt der legitima auch die Trebellianicam abzuziehen wohl befuget/

d.c.16.X.de Teſtam. BERGER. *c.l.* ANT. FAB. *c.l.6.T.27.D.4.*

Doch bewährter Rechts-Lehrer Meynung nach dieſe diſpoſition derer Rechte ad liberos primi gradus zu reſtringiren/ und hingegen die Enckel/ ſolche fructus in die Trebellianicam ſich imputiren zu laſſen/ allerdings gehalten.

VOET. *l. c. §. 51.* GAIL. *L. 2. Obſ. 33. n. 6.* BRUNNEM. *l. c.*

So erſcheinet hieraus allenthalben ſo viel/ daß des verſtorbenen Titii Vatern Bruder/ deſſen bona materna, und hierüber die väterliche legitimam, ſowohl die Trebellianicam, in welche letztere jedoch die von dem defuncto aus denen übrigen drey quartis der Groß-väterlichen Verlaſſenſchafft genoſſene fructus zu imputiren/ mit euch und ihren Schweſtern zu theilen verbunden/ die übrige aus der Groß-väterlichen Erbſchafft herrührende Verlaſſenſchafft aber/ vermöge obgedachten fideicommiſſi, ihnen als ein præcipuum zu überlaſſen/ ihr hättet denn durch das angezogene Rechts-kräfftige Urthel ein mehrers Recht wider ſie erhalten/ auf ſolchen Fall wären ſie auch zu der übrigen mit dem fideicommiſs beſchwerten Verlaſſenſchafft euch mit zu admittiren verbunden. V. R. W.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITT. EMANUELE

FINIS.